

# II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El efecto directo de las directivas de  
contratación pública

***EL PRINCIPIO DE EFECTO DIRECTO:  
EMPECEMOS POR EL PRINCIPIO***

Madrid, 13 de junio de 2016

Instituto Nacional de Administración Pública

Jaime Pintos Santiago



MINISTERIO  
DE HACIENDA  
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**INAP**

INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**2**

## **Exposición de la ponencia**

## ▶ **¡Una vez más!**

- ▶ Hemos llegado al más que previsible y esperado punto de finalización del plazo de transposición de la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública sin norma nacional que ampare este paquete legislativo en el ámbito del Derecho interno español .
- ▶ **Esta exposición busca huir del manido efecto directo**
  - ▶ poner precisamente el acento, desde el enfoque del estudio propio de este principio del Derecho de la Unión Europea, en aquellos aspectos en los que no se ha recabado tanto y algunos de los cuales pueden ser objeto de crítica fundada
- ▶ **La incidencia práctica del efecto directo en la legislación nacional**
  - ▶ Se corresponden con las siguientes sesiones de este encuentro

# ***EL PRINCIPIO DE EFECTO DIRECTO: EMPECEMOS POR EL PRINCIPIO***



# EXORDIO: EL DCHO. DE LA UE

- ▶ **Derecho de la contratación pública en la UE** = Derecho de la UE como ordenamiento jurídico global.
- ▶ **Derecho interno español de la contratación pública** = Derecho de la contratación pública de la UE
- ▶ **Ordenamiento jurídico de la Unión Europea**
  - ▶ propio sistema de fuentes
  - ▶ instituciones de la Unión Europea
  - ▶ mecanismos y procedimientos tanto de aplicación de las normas como de sanción por su incumplimiento.
  - ▶ ‘Derecho originario’
  - ▶ y ‘Derecho derivado’

## ▶ **Derecho originario**

- ▶ Situación de preeminencia, mayor jerarquía
- ▶ principios consagrados en el TFUE

## ▶ **Derecho derivado**

- ▶ Actos típicos: Como actos típicos nos encontramos a los **Reglamentos, las Directivas, las Decisiones, las Recomendaciones y los Dictámenes**
- ▶ Actos atípicos: principios generales del Derecho y de la Contratación Pública

## ▶ **La importancia del Derecho derivado en C.pbca.**

- ▶ Salvo los grandes principios que fijan los Tratados
- ▶ Otros lineamientos como el mercado único o Schengen

## ▶ **Pertenencia del Estado a la UE**

- ▶ Cesión de soberanía
- ▶ Reparto de competencias
- ▶ Cesión de la competencia en materia de C. Pbca.

## ▶ **Coexistencia de Ordenamientos jurídicos**

- ▶ Mismo destinatarios
- ▶ Sistema de relaciones regido por los principios de autonomía, de efecto directo y de primacía del Derecho de la Unión Europea

## ▶ **La observancia de estos principios**

- ▶ por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretar la normativa



# LAS DIRECTIVAS

- ▶ **Legislación en dos etapas** = Leyes marco 150.3 CE
- ▶ Colaboración entre el ordenamiento de la UE y los ordenamientos internos.
- ▶ Es más flexible que el Reglamento y se adecua mejor a las particularidades de los Derechos internos
- ▶ **Las Directivas establecen un plazo determinado para su ejecución**
- ▶ En España son transpuestas por el Estado o por las Comunidades Autónomas según bloque constitucionalidad (art. 149.1.3ª)
- ▶ Pero hay mecanismos para garantizar la aplicación de las Directivas cuando no se hubiesen incorporado en plazo:

**Efecto Directo**

- ▶ **Son normas de resultado** y un instrumento para armonizar las legislaciones de los Estados miembros.
- ▶ La Directiva obliga en cuanto al resultado, **dejando a los Estados** la competencia en cuanto a **la forma y los medios de incorporación**
- ▶ **No tienen un alcance general, sólo obligan a sus destinatarios que son los Estados.** pero, cuando las Directivas se dirigen a todos los Estados, como es habitual en materia de contratación pública, se presenta como un procedimiento de legislación indirecta que en la práctica tiene un alcance general, algo que de algún modo ya estaría violentando el espíritu para el que fueron pensadas.

I. Las Directivas, a medida que tengan mayor concreción tendrán mayor aptitud para ser aplicadas en el orden interno pese a la ausencia de ejecución o a la ejecución incorrecta de los Estados. Sin embargo la cada vez mayor precisión de las Directivas plantea el problema de que en la práctica vienen a sustituir a los Reglamentos, lo que va contra el principio de atribución de competencias, por eso **es menester exigir que las Directivas detalladas sólo puedan ser adoptadas cuando exista la opción para regular una materia adoptando bien un Reglamento o bien una Directiva.**

Por el contrario, cuando los Tratados prevean específicamente la Directiva como instrumento a utilizar, no es correcto que las instituciones adopten una Directiva que por su concreción y detalle se aproxime a los efectos de un Reglamento, dado que se estaría falseando el juego de atribución de competencias. Este sería también el **primero de los puntos a cuestionarse al respecto del contenido y efecto directo del nuevo paquete de Directivas** y del juego del principio de subsidiariedad entre el Derecho de la UE y los Derechos nacionales

# EL EFECTO DIRECTO

- ▶ Sentencia de 5 de febrero de **1963**, asunto 26/62, **Van Gend and Loos**, en base al principio de especificidad del ordenamiento europeo y la cesión de soberanía.
- ▶ El efecto directo significa que **todos los destinatarios de las normas europeas, tanto los Estados como los ciudadanos, quedan obligados** por esas normas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos.
- ▶ Sin embargo el efecto directo **no es una regla absoluta**
- ▶ Para que una norma comunitaria tenga efecto directo el TJUE exige como condición que la disposición en concreto aparezca **desde el punto de vista de su contenido como incondicional y suficientemente precisa**

- ▶ **La incondicionalidad** supone que la aplicación de una norma no esté subordinada a una medida posterior que contenga un poder discrecional como el de tomar una opción o decisión, bien de los órganos de la UE o bien de los Estados miembros. En definitiva que **no se encuentren sujetos a una condicional, a una elección.**
- ▶ **La precisión** significa que la norma o disposición debe **interponer una obligación en términos inequívocos.**
- ▶ Una norma tendría efecto directo siempre que sus «características» sean tales que la hagan susceptible de una aplicación judicial directa



- TJUE ha distinguido el alcance del efecto directo en:
1. Las disposiciones de aplicabilidad directa completa: las cuales crearían obligaciones y derechos para los ciudadanos, no sólo con respecto a los Estados (**efecto directo vertical**), sino también en relación con otros particulares (**efecto directo horizontal**). Grandes principios fundamentales del TFUE y los principios generales de la contratación pública.
  2. Las disposiciones de aplicabilidad directa limitada: que crean sólo derechos y obligaciones en relación con los Estados (**efecto directo vertical**), siendo este tipo de disposiciones las más numerosas y entre las que se encuadran, las **Directivas de contratación**.

**II.** El fundamento del efecto directo se sitúa en la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario, en beneficio del cual los Estados han limitado su soberanía. En base a esta idea, el Derecho de la UE, independientemente de las legislaciones de los Estados miembros, crea obligaciones para los particulares y genera derechos que forman parte de su patrimonio jurídico, derechos que no son sólo de los operadores económicos de la contratación pública, sino también de los destinatarios, usuarios y beneficiarios finales de esos contratos públicos.

# EXAMEN PARTICULARIZADO

- ▶ **Los Tratados**, gozan de una aplicabilidad directa completa
- ▶ **Los Reglamentos** gozan de una aplicabilidad directa completa, tanto en relación con los Estados como en relación con los particulares, disponen así tanto de un efecto directo vertical como horizontal. **Por ejemplo el Reglamento del DEUC**
- ▶ **Las Directivas**
  - ▶ presentan **tres estadios** en su efecto directo:

- 1) toda Directiva puede invocarse por los particulares ante los jueces nacionales para que estos verifiquen si se ha llevado a cabo una adaptación correcta del Derecho interno, es lo que se conoce como **eficacia interpretativa de las Directivas**. STCE 13-I-2005
- 2) Las disposiciones de una Directiva, que sean **incondicionales y suficientemente precisas, disponen de efecto directo vertical**, esto es, los ciudadanos pueden exigir su aplicación al juez nacional sólo frente al Estado, pero no frente a otros particulares, sean estas personas físicas o jurídicas. Es el efecto directo vertical **ascendente**, en contraposición al **descendente** (STJCE *Portgas* de 2013)

**III.** El alto Tribunal europeo ha configurado, de una manera criticable, el efecto directo como una técnica sancionatoria frente a los Estados miembros que han incumplido su obligación de incorporar en plazo o de forma correcta la Directiva al Derecho interno. Sin embargo, hubiera sido más correcto entender que el efecto directo sea una consecuencia inmediata del carácter de norma jurídica que tiene la Directiva.

La principal consecuencia es que permitiría el efecto directo horizontal de las Directivas, pudiendo así ser alegadas también frente a otros particulares, porque ya no se basaría el efecto directo en el incumplimiento del Estado y la sanción consiguiente, sino en la fuerza jurídica que la Directiva posee como norma, en beneficio último de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y empresas de la UE.

**Ejemplo:** Principios Generales de la Contratación Pública

- 3) Aquellas disposiciones que no tengan un contenido incondicional y suficientemente preciso pueden dar lugar **al principio de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares** por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento del Derecho de la UE,
- **STJCE Francovich y otros (1991):** «no aceptación del Derecho UE». **No transposición**
  - **STJCE Wagner Miret (1993):** «incumplimiento» de la Directiva». **Transposición incorrecta**
  - **STJCE Brasserie du Pêcheur vs. Alemania (1996):** «mantenimiento y aplicación de una Ley nacional contraria al Derecho de la UE»
  - **STJCE Hedley Lomas (1996):** «práctica administrativa nacional vulneradora del Derecho de la UE»



**IV.** Esta vía de la responsabilidad, aunque remota sí es factible también dentro de la nueva generación de Directivas; así el supuesto del operador económico que se ve prohibido de contratar y que podría hacerlo en base al principio de proporcionalidad (artículo 38.6 de la Directiva 2014/23/UE) o también el supuesto de los contratos o concesiones reservadas, ya que ninguna posibilidad la aleja taxativamente de un hipotético daño en el lucro cesante que pueda llegar a convertirse en real.

**V.** El caso de la práctica administrativa nacional



26

**RECAPITULACIÓN: PALABRAS FINALES**

- ▶ **STJCE *Walter Tögel***, (1998) La Directiva 92/50/CEE, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios: «el efecto directo vertical se presume también de la Directivas en materia de contratación pública por su contenido incondicional y suficientemente preciso»
- ▶ **Sistema organizacional más avanzado:**
  - ▶ Recomendación en el BOE 17-III-2016 de la JCCAEE
  - ▶ Documento de Trabajo de los TARC de 1-III-2016
  - ▶ Instrucción 1/2016 Junta Consultiva Generalitat Catalunya
  - ▶ Recomendación DEUC JCCAEE

- ▶ SSTJCE Van Munster (1994) y Engelbrecht (2000): Los Jueces y tribunales nacionales deben dejar **inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias a las normas comunitarias**, ya que su labor continúa en la obligación de dar a la ley interna que deban aplicar una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión
- ▶ SSTJCE Solred (1994) y Engelbrecht (2000): hasta el punto que si tal interpretación conforme no es posible, **deben aplicar íntegramente (efecto directo), el Derecho de la UE** y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar cualquier disposición nacional.

## ▶ Obligaciones que son predicables

- ▶ Tanto de los TARC
- ▶ Los órganos que tienen atribuida la facultad consultiva
- ▶ Las distintas autoridades administrativas
- ▶ Los órganos de contratación al efecto.

## ▶ Escenario desde el 18 de abril de 2016

- ▶ incertidumbre e inseguridad jurídica
- ▶ materia tan compleja, tan esclava de los plazos y el rigor
- ▶ necesitada de una ordenada regulación: «*modificabilitis*»
- ▶ principal herramienta de actuación administrativa
  - ▶ 20% PIB y 33% presupuestos públicos;
  - ▶ Importancia social, medioambiental y económica

- ▶ **Nuevo escenario** (con esa relevancia social y económica)
  - ▶ nos han situado **nuestros gobernantes y legisladores**
  - ▶ a **todos los destinatarios y operadores** de la contratación pública,
  - ▶ que con carácter general verán **malograda su situación**,
  - ▶ no ausente de **inseguridad jurídica**,
  - ▶ ni de un previsible **aumento de la litigiosidad** y de la **carga administrativa**
  - ▶ que tendrán que asumir las **Juntas Consultivas y los Tribunales de Recursos Contractuales**, como primer frente que dé **cordura** a esta nueva situación.

# II ENCUENTRO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El efecto directo de las directivas de  
contratación pública

**MUCHAS GRACIAS**

**Jaime Pintos Santiago**

**Doctor en Derecho. Jurista y funcionario de carrera**



MINISTERIO  
DE HACIENDA  
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**INAP**

INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA